Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# I.

## Die Controverſen in der Lehre von der Gewiſſensvertretung*).

Von

**F. B. Buſch,**

Vicepräſidenten beim Großh. Sächſ. und Fürſtl. Schwarzb. Appellationsgerichte zu Eiſenach.

Wenn ich auch nicht gerade in den Ausruf Geſterdings in der Ausbeute von Nachforſchungen Bd. VI, p. 127

„Aber in Deutſchland machen ungereimte Dinge gewöhnlich das meiſte Glück"

den er über das Inſtitut der Gewiſſensvertretung ergehen läßt, unbedingt einſtimmen mag; ſo iſt doch ſo viel richtig, daß man von einer conſequenten Ausbildung eines durch Gerichtsgebrauch eingeführten Rechtsinſtituts in Deutſchland nimmermehr ſprechen darf. Denn jene Schöpferkraft des allgemeinen deutſchen Gerichtsbrauchs wurde meiſtentheils unglücklicherweiſe durch eine falſche Interpretation des römiſchen oder canoniſchen Rechts veranlaßt und thätig; daß aber aus einem Satze, der auf einer irrigen Auffaſſung beruht, etwas Conſequentes hervorgehen ſoll, iſt ſchon von vornherein nicht zu erwarten.

*) Die Literatur ſ. bei Glück im Commentare Bd. XII, § 804 und bei Schmid im Handbuch II, § 167. Die neueſten literäriſchen Erzeugniſſe auf dem vorliegenden Gebiete finden ſich in dieſem Archive und der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß; ſie drehen ſich aber größtentheils um die Frage: ob ein Gegenbeweis gegen die Gewiſſensvertretung zuläſſig ſei. Das wichtigſte aus neueſter Zeit iſt die Abhandlung von Heimbach, die vielfach unten citirt wird. Alle aber ſprechen ſich über die Wirkungen eines unvollſtändig geführten Gewiſſensvertretungsbeweiſes ſehr oberflächlich aus.

Ein recht überzeugendes Bild hiervon liefert die durch einen ſolchen Gerichtsbrauch entſtandene Lehre von der Verbindlichkeit des Schwängerers ad ducendum aut aut dotandum und von der Alimentation der unehelichen Kinder. In der letztern iſt durch die Courage des Gerichtsgebrauchs, oder vielmehr der Mehrzahl der Juriſten das beſtehende römiſche Recht ſo gemißhandelt worden, daß man die Alimentationsverbindlichkeit des außerehelichen Erzeugers auf ein Delict zurückgeführt hat und dieſe Anſicht iſt auch in viele deutſche Geſetzgebungen übergegangen, freilich nicht der Conſequenz wegen, ſondern aus dem Grunde, weil die conſequente Durchführung der Wirkung der exc. congr. cum pluribus den Gemeinden und Armenkaſſen zuviel Geld gekoſtet haben würde. Und ſo iſt denn durch die glorioſe Thätigkeit des Gerichtsbrauches ein Bauwerk entſtanden, das von allen Stylen etwas an ſich trägt, dem aber die Hauptſache — Harmonie — fehlt.

Ganz ebenſo verhält es ſich mit der Lehre von der Gewiſſensvertretung.

Man hat ſich eingebildet, ſie ſei in dem römiſchen oder doch in dem canoniſchen Rechte begründet und hat nun die Grundſätze dieſer Rechte auf ſie anwenden wollen, auch zum Theil angewendet, während Andere ſich wieder beſtrebt haben, eine aus dem Zwecke des Inſtituts hergeleitete Erklärung über das Weſen und die Natur deſſelben als Prämiſſe aufzuſtellen, aus welcher man die Ausbildung des Inſtituts in ſeinen praktiſchen Beziehungen durch logiſche Schlüſſe folgern ſoll.

„Aber dieſe Methode —

ſagt Höchſter in der Zeitſchrift für Civilrecht u. Prozeß Bd. 9, p. 403 mit Recht —

die geſetzlich mangelnde Durchführung eines angenommenen Rechtsinſtituts zu ſuppliren, iſt in legislativer Rückſicht höchſt achtungswerth und könnte mit Recht einer neuern Geſetzgebung zur Grundlage dienen; — allein bei einem poſitiven Rechte, deſſen Inſtitute oft durch Zufälligkeiten, durch Mißverſtändniſſe, durch falſche Auslegung der Geſetze entſtanden und ſich oft auf eine ganz unlogiſche Weiſe hiſtoriſch ausgebildet haben, führt eine ſolche Methode nicht

selten auf Resultate, welche mit den geltenden Rechtsgrundsätzen in direktem Widerspruche stehen."

Weder das römische und canonische Recht, noch die deutschen Reichsgesetze enthalten Bestimmungen über die Gewissensvertretung und insofern kann man allerdings sagen, daß es für den gemeinen deutschen Prozeß an direkten gesetzlichen Quellen für dieselbe fehle.

Aber auf der andern Seite kann und darf man behaupten, daß das Institut der Gewissensvertretung, wie es sich im sechzehnten und siebenzehnten Jahrhundert in Sachsen auf den Grund der Churſächsischen Constitutionen v. 1572 und der Churſächsischen Prozeßordnung von 1622 ausgebildet hatte, in den gemeinen deutschen Prozeß übergegangen und in den andern Ländern Deutschlands durch Gerichtsbrauch recipirt und eingeführt worden sei. Dieses hat Heimbach in Ortloffs, seinen und Vermehrens juristischen Abhandlungen Bd. II, p. 204 historisch nachgewiesen, auf welchen ich mich hiermit beziehe. Trotz dem sind Fragen, die in den gedachten sächsischen Rechtsquellen längst entschieden waren, von den deutschen Prozeßlehrern wieder bezweifelt worden, so daß ich mich veranlaßt sehe, zunächst die Frage aufzuwerfen:

Was steht im Gebiete der Lehre von der Gewissensvertretung durch allgemein anerkannten deutschen Gerichtsbrauch fest?

Darauf ist zu antworten, daß man folgende Sätze als feststehend annehmen darf:

I. Der Delat darf sein Gewissen mit Beweis vertreten, d. h. das contrarium des Beweissatzes des Deferenten durch einen von ihm zu führenden direkten oder künstlichen Beweis darthun, bei welchem auch Fragestücke des Produkten zulässig sind[1]).

II. Wird der Gewissensvertretungsbeweis auf das direkte Nichtwahr des Beweissatzes des De-

---

1) Für Ausschließung der Fragestücke liegt durchaus kein Grund vor. Selbst die älteren Sächsischen Rechtsquellen enthalten kein desfallsiges Verbot; erst in der Erl. Prozeßordnung ad Tit. XLX, S. 2 ist dieses enthalten.

ferenten gerichtet, ſo iſt der Gebrauch der Eidesdelation ausgeſchloſſen[1]).

III. Bei einem referirten Eide findet Gewiſſensvertretung ebenſowenig ſtatt, wie bei den geſetzlichen und Notheiden[2]).

IV. Iſt dem Gewiſſensvertreter zur Antretung ſeines Beweiſes eine peremtoriſche Friſt geſetzt und tritt er ihn innerhalb derſelben nicht an, ſo iſt er deſert und ein Rückgriff auf den Eid findet nicht ſtatt[3]).

V. Beweiſet der Gewiſſensvertreter vollſtändig, ſo gilt der Beweisſatz des Deferenten als durch Gegenbeweis entkräftet, beweiſet er dagegen vollſtändig gegen ſich, ſo gilt jener als bewieſen.

VI. Der Gewiſſensvertreter hat das Recht zu verlangen, daß er zu einem suppletorium über ſeinen Gewiſſensvertretungsbeweis gelaſſen werde, wenn er den dazu erforderlichen Grad des Beweiſes erbracht hat.

VII. Hat er gar nichts oder doch nicht ſoviel bewieſen, daß er zu einem suppletorium gelaſſen werden kann, ſo wird er dadurch nicht ſachfällig, und ſein Gegner nicht befreit von der Laſt, ſeine Klage zu beweiſen.

Dieſe Sätze ſtehen durch allgemeinen deutſchen Gerichtsbrauch

---

1) Sonſt würde der Eid über dieſelben Thatſachen dem Deferenten zugeſchoben werden, über die dieſer ihn eben dem Delaten deferirt hat. Anders, wenn das Nichtwahr durch einen Schluß aus andern Thatſachen, alſo auf künſtlichem Wege bewieſen werden ſoll.

2) Hierin ſind alle einverſtanden. Selbſt Heimbach in Ortloffs, ſeinen und Vermehrens juriſtiſchen Abhandlungen, gibt dieſes Bd. II, p. 257, §. 16 zu. vgl. Ortloff in derſ. Abhandl. Bd. I, S. 19 ff.

3) Glück im Pand. Comment. Bd. XII, S. 334. Martin's Civ.-Proc. §. 228, nota. c. Bayers Vortr. S. 899. 2. Schmids Handb. des deutſch. Proc. II, §. 167, S. 369. Heimbach in Ortloffs, ſeinen und Vermehrens juriſt. Abhandl. p. 267. A. Anſicht iſt nur Linde in ſeinen Abhandl. S. 334. S. aber Schmid und Heimbach a. a. O.

feſt und werden in neuerer und neueſter Zeit höchſtens von einzelnen Prozeſſualiſten angezweifelt.

Beſtritten dagegen ſind folgende Punkte:

A. Ob ein Gegenbeweis gegen den Gewiſſensvertretungsbeweis zuläſſig ſei?

B. Ob der Gewiſſensvertreter, wenn er nicht bis zu einem ihm aufzuerlegenden Erfüllungseide bewieſen, den Schiedseid noch referiren könne?

C. Ob von einem Reinigungseide bezüglich des Gewiſſensvertretungsbeweiſes die Rede ſein könne?

Daß ſich der Delat, wenn Kläger den Eid direkt (nicht eventuell) über ſeine Klage deferirt hat, innerhalb einer durch die meiſten Landesgeſetzgebungen beſtimmten Friſt erklären müſſe, daß er ſein Gewiſſen mit Beweis vertreten wolle, daß alſo ſein Gegenbeweis nicht ohne Weiteres, wie bei der eventuellen Eidesdelation, als Gewiſſensvertretung betrachtet werden kann, geht daraus hervor, daß ein Gegenbeweis, wenn der Kläger ſich lediglich der Eidesdelation zum Beweiſe ſeiner Klage bedient hat, unzuläſſig iſt. Es würde alſo, wenn Beklagter jene Erklärung nicht abgäbe und einen direkten Gegenbeweis anträte, dieſer als unzuläſſig verworfen werden müſſen.

Zu A.

Ueber dieſe Frage herrſchen die verſchiedenſten Anſichten und ſie iſt in dieſem Archive und der Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß vielfach erörtert worden. Sehr wichtige Beiträge zu ihrer Beantwortung hat

Heimbach in Ortloffs, Heimbachs und Vermehrens juriſtiſchen Abhandl. Bd. II, 1859, p. 204

geliefert, indem er das Inſtitut der Gewiſſensvertretung hiſtoriſch entwickelt und in Folge deſſen zu ihrer Verneinung gelangt.

Mir ſcheinen auch bei weitem wichtigere Gründe für ihre Verneinung, als für ihre Bejahung zu ſprechen, wie ich in Folgendem zu zeigen ſuchen werde.

Es kann immerhin die Behauptung Wetzells im Syſteme des Civilprozeſſes §. 27, Not. 35: „daß die ſächſiſchen Juriſten

von den italienischen die Gewissensvertretung entlehnt haben", zugegeben werden; so viel ist und bleibt immer gewiß, daß jenes Institut den sächsischen Rechtsquellen und sächsischen Juristen seine Einführung in Deutschland verdankt, und daß es so, wie es in Sachsen gesetzlich bestand, in den andern deutschen Ländern durch Gerichtsbrauch recipirt wurde.

In dieser Hinsicht sind hauptsächlich die churſächsischen Constitutionen von 1572 wichtig, von denen die vierzehnte des ersten Theils so lautet:

> Wann der Kläger dem Beklagten den Grund der Klagen in das Gewissen stellet und Beklagter will dasselbige mit Beweisungen vertreten, ob dann der Kläger zur Gegenbeweisunge auf seine Bitt zuzulassen?
>
> Dieweil dem Kläger gebühret, demjenigen, so er einmal selbst erwehlet und beliebet, nachzusetzen, auch dißfalls dem Beklagten der Rechten Wohlthat nicht zu nehmen ist, sintemal derselbige, da er gleich zur Vertretung seines Gewissens keine genugsame Beweisunge verführet, gleichwol der gemeinen Praktiken nach den Eyd nochmals schweren kan, so soll auch dißfalls der Kläger mit keiner Gegenbeweisung zugelassen, sondern dieselbige ihme stracks ohne Mittel aberkannt und abgeschlagen werden.
>
> Deßgleichen soll es auch gehalten werden, wann Klägern der Haupt-Eyd von dem Beklagten referiret wird, Nemlichen, daß er auch in solchem Fall gantz keine Beweisung zu Vertretung seines Gewissens oder zu Ergründung seiner Klagen führen möge, sondern den referirten Eyd stracks zu leisten schuldig sey.

Auch in der alten churſächsischen Prozeßordnung von 1622 und allen anderen späteren Prozeßordnungen der sächsischen Lande wurde ausgesprochen, daß ein Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung unzulässig sei. Der Natur der Sache nach konnte man auch nicht füglich an einen Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung denken, weil das Beweisthema der letzteren in dem contrarium des Beweissatzes des Deferenten besteht, und dieser seinen Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung nicht durch Eidesde-

lation führen darf; denn er hat ja über denselben Satz, nämlich den Grund seiner Klage, schon den Eid deferirt. Hat er aber andere Beweismittel für seinen Klaganspruch in den Händen, so wird er kein Narr sein und direkt den Eid deferiren, sonach aber der Gefahr sich aussetzen, daß ihn der Delat schwört; denn da wäre er ja um seinen Gegenbeweis gegen die gehoffte, vom Delaten aber nicht gewählte Gewissensvertretung. Er wird also zunächst Beweis seiner Klage führen und blos eventuell des Eides sich bedienen.

Die Frage über Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die Gewissensvertretung ist, bei Licht besehen, also nur praktisch für die seltnen Fälle, in welchen durch die Gewissensvertretung ein direkter künstlicher Gegenbeweis geführt wird; z. E. der des alibi. Indessen das entscheidet freilich nichts für die Beantwortung unserer Frage.

Meiner Ansicht nach läßt sich dieselbe nur auf historischem Wege mit Befriedigung lösen und das ist von Heimbach a. a. O. geschehen.

Man muß nemlich fragen:

> Ist der gemeinrechtliche Gerichtsbrauch von der ursprünglich nur in Sachsen gebräuchlich gewesenen und daselbst später gesetzlich eingeführten Gewissensvertretung abgewichen und ist er in gewissen Abweichungen zu allgemeiner Rechtsgeltung gelangt?

Wäre das hinsichtlich der Zulassung eines Gegenbeweises der Fall, so stände der Gerichtsbrauch als unantastbares objektives Recht da und es ließe sich gegen die Statthaftigkeit eines Gegenbeweises mit Wetzell a. a. O., Note 36 nicht einwenden, daß jener Gegenbeweis des Deferenten ein verspäteter Hauptbeweis und darum unzulässig sei; denn eine durch Gerichtsbrauch außer Zweifel gestellte Satzung ist instar legis, und kann durch den Nachweis, daß sie eine doctrinelle Inconsequenz involvire, sowenig umgestoßen werden, als die jeder gesetzlichen Stütze entbehrende Gewissensvertretung selbst. Ein solcher Gerichtsbrauch läßt sich indessen nicht nachweisen; vielmehr ist die sächsische Gewissensvertretung, wie sie schon im sechzehnten, ja sogar im fünfzehnten Jahrhundert in Sachsen rechtlich bestand, auch außer Sachsen durch

usus fori recipirt worden. Ist dieses aber der Fall, so muß man die Frage über die Zulässigkeit eines Gegenbeweises nicht aus andern, als altdeutschen und sächs. Rechtsansichten beantworten wollen; denn die Vertreter des gemeinen deutschen Civilprozesses wollten nichts Neues schaffen, sondern etwas schon Geschaffenes wissenschaftlich bearbeiten. So wenig bei einer römisch-rechtlichen Lehre danach gefragt wird, ob sie in allen ihren einzelnen Theilen recipirt sei, so wenig darf man bei dem Institute der Gewissensvertretung danach fragen: ob es in allen seinen Einzelnheiten, wie sie sich in Sachsen gestaltet und ausgebildet hatten, recipirt worden sei, denn es darf nicht angenommen werden, daß nur etwas halbes habe geschehen sollen und geschehen sei. Da nun von Heimbach nachgewiesen und nicht zu bestreiten ist, daß das Institut der Gewissensvertretung, wie es in Sachsen im sechzehnten Jahrhundert bestand, auch außer Sachsen recipirt worden d. h. in den gemeinen deutschen Prozeß übergegangen ist, so streitet mindestens eine Vermuthung dafür, daß das, was in Sachsen über die Gewissensvertretung Rechtens war, zur Zeit ihrer Einführung in den andern deutschen Staaten auch in diesen als bindend anerkannt wurde, denn es läßt sich ein einzelnes Rechtsinstitut nicht theilweise ablehnen, oder es muß sich mindestens scharf und bestimmt erkennen und darthun lassen, in welchen Theilen es nicht recipirt sei. Eine solche blos beschränkte Annahme der sächsischen Gewissensvertretung in Deutschland läßt sich aber mit nichts beweisen, und darum halte ich einen Gegenbeweis gegen jene umsomehr für unzulässig [5]), da diese Ansicht erst seit Anfang dieses Jahrhunderts sich Geltung zu verschaffen gesucht, in den deutschen Gerichtshöfen aber nur selten Eingang gefunden, und in der Doctrin steten Widerspruch erlitten hat.

Zu B.

Ganz aus denselben Gründen ist dem Gewissensvertreter, der

*) Diese Ansicht hatte früher die meisten Vertheidiger (s. d. bei Glück Not. 67 und 72 citirten Rechtsgelehrten) für sich, und auch in neuester Zeit gewinnt sie wieder die Oberhand und es bekennen sich zu ihr Wolffson, Bayer, Wetzell, Heimbach u. a. m. Ein Gerichtsbrauch hatte sich aber weder nach der einen, noch nach der andern Seite hin gebildet.

nicht ſo viel bewieſen hat, daß er zum Erfüllungseide ſeines Gewiſſensvertretungsbeweiſes gelaſſen werden kann, die Befugniß zur Relation abzuſprechen, denn wie die oben angeführte churſächſiſche Conſtitution bezeugt, blieb den gemeinen Praktiken, d. h. nach der gemeinrechtlichen Praxis, dem Delaten nichts weiter übrig, als den deferirten Eid, noch zu ſchwören, was ſelbſtverſtändlich die Relation ausſchloß.

Ich verweiſe hier auf den § 8 von Heimbachs Abhandlung, den ich pag. 282, Bd. 41 dieſes Archivs wörtlich gegeben habe[6]).

Zu C.

Was die Wirkungen der Gewiſſensvertretung betrifft, ſo ſind es dieſelben, es mag der Eid direkt d. h. ohne weitere Beweismittel oder eventuell, d. h. für den Fall gebraucht ſein, wenn durch die andern zunächſt gebrauchten Beweismittel nichts bewieſen werden ſollte.

Ueber die oben unter V und VI angeführten Wirkungen des Gewiſſensvertretungsbeweiſes iſt man einverſtanden; deſto größere Confuſion und unjuriſtiſche Auffaſſung herrſcht aber in den Fällen, wenn

1) der Gewiſſensvertreter weniger als halben Beweis für ſich, oder
2) gegen ſich, aber nicht voll gegen ſich bewieſen hat.

Zu 1.

Danz im ordentlichen Prozeſſe §. 381 ſagt:

„Hat der Gewiſſensvertreter entweder gar nichts, oder doch nicht vollſtändig erwieſen, oder hat er dem unternommenen Beweiſe wieder entſagt, ſo kann er den zugeſchobenen Eid entweder noch annehmen, oder auch nach Befinden der Umſtände zurückgeben.

Er will alſo nichts von einem Bezug auf die Gewiſſensvertretung zu leiſtenden Notheide wiſſen; denn er bemerkt in der N. b:

„Andere behaupten, es müſſe, wenn der Gewiſſensvertreter einen unvollſtändigen Beweis geführt hat, auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden"

---

6) Auch in dieſem Punkte hat ſich kein feſtſtehender Gerichtsbrauch gebildet. Die verſchiedenen Anſichten ſ. bei Glück Not. 78.

und führt zum Belege hierfür

Schaumburg princ. prax. jurid. judiciar. Tit. I, S. I M. 3 Cap. V. § 14

an.

Glück im Pand. Commentare § 804 unterscheidet folgendermaßen:

a) Hat der Gewissensvertreter einen unvollständigen Beweis geführt, so wird nach Verschiedenheit der Umstände auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt. Hier bezieht sich Glück auf Schaumburg a. a. O.

b) Ist dagegen der Beweis gegen ihn ausgefallen, so ist ein den Delaten verdammendes Urtheil die Folge. Hier bezieht er sich auf Danz a. a. O.

c) Ist der Beweis zwar nicht gegen ihn, aber auch nicht für ihn ausgefallen, so kann er nun den Eid noch annehmen oder zurückgeben.

Thibaut in dem System des P. R. § 1164 sagt:

Gelingt dem Produkten der Gewissensvertretungsbeweis nur zum Theil, so erkennt der Richter nach Umständen auf den Reinigungs- oder Ergänzungseid.

Er bezieht sich auf

Müller's Observ. ad Leyser obs. 313.

Müller aber, welcher sagt:

Si minus plene probatum, judex jusjurandum legale vel purgatorium eligere potest

bezieht sich dieserhalb wieder auf Schaumburg.

Martin im Civilprozeß § 228 schließt sich der Ansicht Glück's unter a und c an, von dem Falle unter b spricht er nicht. Bezüglich des Falles unter a beruft er sich ebenfalls auf Schaumburg.

Dieser Ansicht Martins schließt sich auch Gensler in diesem Archive Bd. I, pag. 159 in fine an.

Linde im Civilprozesse §. 308 sagt blos:

Wird durch den Gewissensvertretungsbeweis weder die Wahrheit noch die Unwahrheit des Beweissatzes erbracht, dann kann der Delat den ihm deferirten Schiedseid noch annehmen oder zurückschieben;

er erklärt aber in Not. 4 die Notheide ebenfalls für anwendbar und bezieht ſich auch auf den Stammvater dieſer Anſicht, auf Schaumburg.

Schmid im Handbuche des deutſchen Prozeſſes § 167 ſpricht ſich beſtimmter als die ebenangeführten Rechtslehrer dahin aus, daß in dem Falle a bei Glück (ſiehe oben) dem Gewiſſensvertreter erſt aufzugeben ſei, ſich zu erklären, ob er von dem ihm zuſtehenden Rechte, den Eid zu acceptiren oder zurückzugeben, Gebrauch machen wolle, und daß erſt dann, wenn er von dieſem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen erklärt habe, auf einen Notheid zu erkennen ſei.

Dagegen bemerkt er über den Fall, wenn der Gewiſſensvertreter gar nichts für ſich, aber auch nicht, wenigſtens nicht vollſtändig, gegen ſich bewieſen hat, daß er jetzt den ihm zugeſchobenen Eid noch leiſten könne.

Bayer in ſeinen Vorträgen 1856, p. 902 ſagt:

> Bei weniger als halben Beweiſe wird dem Deferenten der Reinigungseid auferlegt. Wenn jedoch der Delat in dieſem Falle auf das Reſultat ſeiner Beweisführung verzichtet (was ihm Bayer geſtattet), ſo ſteht ihm frei, den Eid noch zu acceptiren. Denn außerdem wäre er ſchlimmer daran, als wenn er gar nichts bewieſen hätte".

Der einzige Rechtsgelehrte der neuern Zeit, der ſich gegen die unbedingte Zulaſſung der Notheide bei dem Gewiſſensvertretungsbeweiſe ausſpricht, iſt

Wetzell im Syſtem des ordentl. Civilproz. § 27, N. 33. indem er ſagt:

> „Nach der Anſicht der meiſten Juriſten ſoll es im Fall des theilweiſen Gelingens dieſes Beweiſes (der Gewiſſensvertretung) zur Auflegung eines nothwendigen Eides kommen. Das iſt unrichtig 1) weil dadurch der Delat nachtheiliger geſtellt würde, als er es bei gänzlichem Mißlingen wäre, 2) weil auch die Ergänzung oder Vernichtung eines unvollſtändig erbrachten Gegenbeweiſes nicht zuläßig iſt".

Die nähere Beleuchtung dieſer Gründe wird ſpäter erfolgen, jetzt kehre ich zu dem Stammvater der von den neueren und neue-

ſten Prozeſſualiſten adoptirten Anſicht zurück, wobei ich zu zeigen hoffe, daß ſie irren, wenn ſie glauben, Schaumburg habe das geſagt, was ſie, unter Berufung auf ihn, lehren; denn ſie lehren: der Rückgriff zum Eide ſei dem Delaten auch dann verſtattet, wenn er in ſeiner Gewiſſensvertretung nichts bewieſen habe, Schaumburg aber ſagt in dieſem Bezuge:

Quod tamen tolerandum haud esset.

Er geht alſo von der entgegengeſetzten Anſicht aus, d. h. davon, daß ein Rückgriff zum Schiedseide bei der Gewiſſensvertretung überhaupt nicht ſtattfinde, und da hat er denn ganz vollkommen Recht, wenn er bei dem unvollſtändig geführten Gewiſſensvertretungsbeweiſe außer dem suppletorium auch ein purgatorium zuläßt.

Es läßt ſich ferner faſt mit Gewißheit behaupten, daß jenem Rechtsgelehrten die churſächſiſche erläuterte Prozeßordnung bei Behandlung der Lehre der Gewiſſensvertretung vorgeſchwebt habe. In der Vorrede erklärt er zwar, daß er den gemeinen Civilprozeß vortrage, er bemerkt aber zugleich, daß er auch die berückſichtigen wolle, qui in foris juris Saxonisi caussas litigantium dirigunt. Er war von 1736 bis 1746, wo er ſtarb, Sachſen-Weimariſcher Hofrath, Beiſitzer des Hofgerichts und der Juriſtenfakultät, ſowie Profeſſor an der Univerſität Jena und berückſichtigte in ſeinem Werke vorzugsweiſe die churſächſiſche und herzoglich ſächſiſchen Geſetzgebungen. Hauptſächlich hat er die churſächſiſche erläuterte Prozeß-Ordnung vom 10. Januar 1724 im Auge, wie aus den Noten zu den citirten §. XIV klar hervorgeht, wo er die Anſicht Griebners in princ. proc. I Lit. C 4, S. 3 § 8: daß auch der Gewiſſensvertreter, welcher nicht voll bewieſen habe, gleich dem, der gar nichts bewieſen habe, zur Leiſtung des deferirten Eides gelaſſen werden müſſe, widerlegt, indem er ſagt:

> Quod tamen tunc demum locum habere potest, quando leges ad hoc jus jurandum concedunt regressum. In Saxonia vero Electorali, ubi Ord. Proc. Recogn. Tit. XIX, § 1 eum, si plene probatum non sit, excludit judex juramentum delatum in legale recte convertit.

Ganz ebenſo drückt ſich

Schaumburg in ſeiner Einleitung zum ſächſiſchen Rechte Th. IV Ex. III. Cap. I, § 14

aus:

„Wenn nun durch die Gewiſſensvertretung nichts bewieſen worden, ſo hat der, dem der Eid deferirt worden, die Sache verloren, hat er völlig bewieſen, ſo iſt die Sache gewonnen; hat er nicht völlig bewieſen, ſo kann das juram. purgatorium oder suppletorium diktirt werden." Ord. Pr. Recogn. l. c.

Von der Anſicht der Unzuläſſigkeit des Rückgriffes zum Eide, wenn nichts bewieſen ſei, ging nun Schaumburg auch in dem §. XIV der Princ. prax., wo er den gemeinen Prozeß vorträgt, aus, und kam daher ganz conſequenterweiſe zu einem suppletorium oder Purgatorium. Seine Nachfolger aber, die ihn für die Zuläſſigkeit eines Notheides anführen, handeln ganz inconſequent; denn ſie geſtatten den Regreß zum Eide bei verfehltem Gewiſſensvertretungsbeweiſe, und werfen ſonach die Stütze um, auf welcher, als unumgänglich nothwendiger Vorausſetzung, die Schaumburgiſche Lehre von der Zuläſſigkeit des Reinigungseides beruht. Das hat wieder in einem gänzlichen Ignoriren des ſächſiſchen Prozeſſes, der Quelle der im gemeinen Civilprozeſſe recipirten Gewiſſensvertretung ſeinen Grund. Nach jenem (ſ. d. angef. ſächſiſche Conſtitution und die alte churſächſiſche Prozeßordnung von 1622 Tit. XIX, § 2) war der Rückgriff zum angetragenen Eide, d. h. nicht zur Relation, ſondern zur Ableiſtung deſſelben, dem Delaten geſtattet.

§ 2. cit. Wenn er aber nicht genugſam erwieſe, (ſoll er) alsdann, vermöge gemeiner Praktiken dieſer Lande den deferirten Eid nochmals zu ſchwören ſchuldig ſein.

Im § 4 wird jedoch für zuläſſig erachtet, dem Gewiſſensvertreter zum juram suppletorium, wenn er den dazu erforderlichen Beweis erbracht hat, zu laſſen. Hatte er etwas, aber nicht ſoviel erwieſen, als zu jenem Eide erforderlich war, ſo mußte er nun den Haupteid ſchwören, wodurch jeder Gedanke an ein purgatorium wegfiel, weshalb daſſelbe in Bezug auf den Gewiſſensvertretungsbeweis in der alten Prozeßordnung auch mit keiner Sylbe erwähnt wird.

Die der alten Prozeßordnung nachgebildete Eisenacher Prozeßordnung von 1702 Tit. X, § 15 verordnet ganz dasselbe, spricht sich aber in den Worten:

> wenn er aber nichts oder nicht genugsam erwiese, mag er den deferirten Eid noch schwören, oder, da er solches nicht vermöchte, in der Sache wider ihn erkannt werden,

auf das deutlichste dahin aus:

> daß, wenn der Gewissensvertreter zwar für sich, aber nicht soviel für sich bewiesen habe, daß ihm ein Erfüllungseid auferlegt werden könne, er den ihm deferirten Eid zu schwören habe.

Daß der Rückgriff zur Eidesleistung vor 1622 und später bis zum Jahre 1724 gerichtsbräuchlich war, beweiset das Zeugniß des sächsischen Gesetzgebers in der angeführten Constitution und in der alten churſächs. Prozeßordnung, wo er sich auf die gemeinen Praktiken dieser Lande bezieht, und schwerlich möchten sich aus jenem Zeitraume nur einzelne Rechtslehrer auffinden lassen, die bei verfehltem Gewissensvertretungsbeweise den Rückgriff zur Ableistung des Eides versagen. Auch die späteren Prozeßordnungen, die Ernestinische, die Eisenacher, die Rudolstädter und die Weimar'sche Verordnung von 1723 gestatten dem Delaten den Rückgriff zur Leistung des Eides und erst mit Einführung der churſächs. erläuterten Prozeßordnung von 1724 tritt eine Trennung der Gesetzgebungen in dem Kurfürstenthum Sachsen und in den andern Landen sächsischen Rechts bezüglich jener Bestimmungen ein. Es wurde nämlich in der erläuterten Prozeßordnung ad Tit. XIX, § 1 verordnet:

> daß der Regreß ad jurandum weiter nicht gestattet, sondern der Gewissensvertreter dessen, wenn er nicht erwiesen, alsofort vor verlustig erachtet werden könne. „Jedoch können wir — heißt es weiter — gleichwohl geschehen lassen, daß Einer oder der Andere bei sothaner Gewissensvertretung wenigstens soviel, daß das juramentum suppletorium oder purgatorium statthaben könne, probiret hätte, von dem Richter darauf gesprochen werde.

Dieser Satzung der Erläuterten Prozeßordnung schloß sich nun die Altenburgische und Gothaische, die Reuß-Plauensche j. L. und

die Schwarzburg-Sondershauſenſche Geſetzgebung an; von der Einführung der Erläuterten Prozeßordnung aber datiren ſich die Verirrungen und Verwirrungen der deutſchen Prozeſſualiſten über die Wirkung der Gewiſſensvertretung in dem Falle, wenn für den Gewiſſensvertreter etwas, aber nicht ſoviel erwieſen iſt, daß er zum suppletorium gelaſſen werden kann. Die ihnen angeſchuldigte Verirrung liegt aber darin, daß ſie der alten ſächſiſchen Prozeßgeſetzgebung darin treu blieben, daß ſie den Rückgriff zur Eidesleiſtung, (ja ſogar zur Relation), geſtatten, im Widerſpruch hiermit aber von der Erläuterten Prozeßordnung die Beſtimmung annehmen, daß auf ein Purgatorium erkannt werden könne, welches nur unter der Vorausſetzung juridiſch denkbar iſt, daß jener Regreß nicht ſtattfindet.

Der § 79 des Schwarzburg-Sondershauſenſchen Prozeßgeſetzes vom 20. Februar 1834 gibt den Sinn der Erläuterten Prozeßordnung a. a. O. kurz und modern ſo wieder:

> „Die Wahl der Gewiſſensvertretung ſchließt den Rücktritt zu dem zugeſchobenen Eide aus; allein ihr Gebrauch kann einen Erfüllungs- oder Reinigungseid zur Folge haben. Hat jedoch der Delat gar nichts bewieſen, ſo wird das Gegentheil des von ihm zu liefernden Beweiſes, alſo die von dem Deferenten behauptete Thatſache als wahr angenommen.

Ganz daſſelbe ſagt die erläuterte Prozeßordnung und nur unter der Vorausſetzung, daß der Regreß zum Eide im Falle gänzlichen Mißlingens der Gewiſſensvertretung ausgeſchloſſen iſt, läßt ſich ein Reinigungseid juriſtiſch denken, denn nur dann hat ſich der Gegner des Gewiſſensvertreters von etwas zu reinigen, ſonſt aber nicht.

Alle Prozeſſualiſten, welche den Gewiſſensvertreter, welcher nichts beweiſet, den Rückgriff zum Eide (Ableiſtung oder Relation) geſtatten, und bei weniger als halben von ihm geführten Beweiſe von einem Reinigungseide ſeines Gegners ſprechen, ſind daher in einem offenbaren Irrthume begriffen, nnd behaupten etwas juriſtiſch Unmögliches, man mag die Gewiſſensvertretung betrachten, von welchem Geſichtspunkte man auch will.

Von den Notheiden lehren alle Prozeſſualiſten

Bayers Vorträge pag. 912 —

Martins Vorleſungen II, p. 48 VI
daß ſie gar nicht früher auferlegt werden dürfen, als bis die Beweisführung geſchloſſen, und die Herſtellung eines anderweitigen beſſern Beweiſes nach prozeſſualiſchen Grundſätzen nicht mehr zuläſſig iſt; ſie ſind, wie ſchon der Name „Notheid" lehret, das letzte Hülfsmittel des Richters, um die Sache zur definitiven Entſcheidung zu bringen; denn ſonſt könnte er nur das non liquet ausſprechen, die Sache bliebe unentſchieden und die Parteien hätten leeres Stroh gedroſchen. Verliert man dieſes charakteriſtiſche Merkmal der Notheide nicht aus dem Auge, ſo paßt bei dem unvollſtändigen Gewiſſensvertretungsbeweiſe zwar ein suppletorium, weil dadurch der Hauptprozeß entſchieden, d. h. der Beklagte entbunden wird, nimmermehr aber ein purgatorium, weil durch dieſes der vom Gewiſſensvertreter geführte unvollſtändige Beweis nur entkräftet, nicht aber der Beweisſatz des Deferenten bewieſen wird.

Das kann ja ſchon nach der Natur der Notheide nicht anders ſein, da der Gewiſſensvertretungsbeweis nach der herrſchenden Anſicht nur ein vorläufiger Verſuch ſein ſoll, den Eid überflüſſig zu machen, dieſer aber nur dann überflüſſig wird, wenn der Gewiſſensvertreter entweder voll oder doch ſoviel beweiſet, daß er durch ein ihm auferlegtes suppletorium die Entſcheidung in der Hauptſache herbeizuführen vermag.

Beweiſet er nicht ſoviel für ſich, daß ihm jener Notheid auferlegt werden kann, ſo tritt nach verunglückten vorläufigem Verſuche, der Antritt des Hauptbeweiſes des Klägers durch Eidesdelation wieder in den Vordergrund und das von den Prozeſſualiſten beliebte purgatorium über den verſuchten Präliminarbeweis kann die Hauptſache nie zur Entſcheidung bringen; wenn nicht das Mißlingen jenes Verſuchs mit dem geſetzlichen Präjudize bedrohet iſt:

„es ſolle dann der Beweisſatz des Deferenten für wahr gelten".

Nur unter dieſer Vorausſetzung — die der Gerichtsbrauch reprobirt hat, denn er läßt den Rückgriff zum Eide zu — hat ein purgatorium des Deferenten Sinn und Bedeutung, denn dann

entſcheidet es die Hauptſache ſelbſt. Dieſe ſteht nämlich in jenem Falle ſo:

Beweiſet der Gewiſſensvertreter nicht, ſo gilt der Klaggrund als wahr, beweiſet er das contrarium deſſelben bis zum Erfüllungseide, ſo liegt, wenn er dieſen ſchwört, gegen den Deferenten voller Beweis vor, beweiſet er aber weniger als halb, ſo muß nun der Deferent, ſoll nicht der Richter in die Lage verſetzt werden, das non liquet auszuſprechen, den Deferenten einen Reinigungseid auferlegen, wodurch nun der Beweis des Delaten entkräftet wird und die Sache ſo ſtehet, als habe er nichts bewieſen. Das Alles läßt ſich aber nur dann annehmen, wenn beim gänzlichen Mißlingen der Gewiſſensvertretung der Regreß des Delaten zum Eide ausgeſchloſſen, nicht aber auch dann, wenn er ihm geſtattet iſt; denn der Regreß ad jurandum Seitens des Delaten ſchließt ein purgatorium des Deferenten aus. Ein Gerichtsbrauch, der dem Gewiſſensvertreter, wenn dieſer gar nichts bewieſen hätte, den Regreß zum deferirten Eide geſtattete, ihm aber dieſen, wenn er weniger als halb bewieſen, und ſonach ſogar wahrſcheinlich gemacht hätte, daß er mit gutem Gewiſſen den deferirten Eid ſchwören könne, verſagte, wäre unvernünftig und unjuriſtiſch; es hat ſich aber auch ein ſolcher in Deutſchland noch nicht gebildet und konnte ſich vernünftiger- und juriſtiſcher Weiſe gar nicht bilden; denn er würde contra leges ſein.

Wenn nämlich auch der Deferent den vom Gewiſſensvertreter für ſein Thema erbrachten Beweis durch ein purgatorium entkräftet, ſo iſt darum noch nicht ſein thema probandum erwieſen, ſondern er hat nun den unvollſtändigen Gewiſſensvertretungsbeweis entkräftet. Es iſt alſo für und gegen das thema probandum nichts bewieſen; denn

$+1$ und $-1$ ſind gleich Null, nicht aber $+2$.

Folgende Beiſpiele mögen obige Behauptung beweiſen:

Die A verklagt den B auf Ernährung eines mit ihr erzeugten unehelichen Kindes und behauptet, er habe ſich in der Zeit vom 10. Januar bis 18. Januar mit ihr vermiſcht. Sie deferirt den Eid und der Beklagte wählt Gewiſſensver-

tretung, die er darauf richtet, daß er vom 1. bis 31. Januar desselben Jahres ununterbrochen zur See und in Amerika gewesen sei, allein er beweiset dieses blos durch einen verdächtigen Zeugen. Wenn nun der Klägerin das Purgatorium zuerkannt würde, so könnte dieses doch nur darauf gerichtet werden, daß der Beklagte in der fraglichen Zeit nicht abwesend gewesen sei. Folgt nun aber daraus, daß sie diesen Eid schwört, daß der Verklagte in der fraglichen Zeit sich mit ihr fleischlich vermischt habe?

Oder:

Der A klagt gegen den B auf Rückzahlung eines mit fünf Procent zu verzinsenden Darlehns von 100 Thlr. und schiebt dem Beklagten den Eid zu. Dieser beweiset durch einen verdächtigen Gewissensvertretungszeugen, daß ihm der A an dem bestimmten Tage und Orte zwar 100 Thl. überzahlt, jedoch ausdrücklich dabei bemerkt habe, daß er hiermit dem B das Darlehn, welches er diesem schuldig gewesen sei, abgetragen haben wolle.

Wenn man nun auch dem Kläger den Reinigungseid auferlegen dürfte, so könnte dieser doch nur dahin lauten:

daß der A mit den dem B überzahlten 100 Thlr. ein Darlehn nicht habe abtragen wollen.

Folgt nun aber aus der Ableistung dieses Eides, daß die dem B überzahlten 100 Th. ein diesem geliehenes Darlehen und zwar ein mit 5 Proc. zu verzinsendes gewesen sei?

Ebenfalls nicht, und auch hier stimmt der Reinigungseid mit dem deferirten Eide materiell nicht überein.

Also mit einem blosen Reinigungseide ist nichts gethan; denn er könnte nur die Wirkung haben, daß der für den Gewissensvertreter erbrachte Beweis entkräftet würde, für den Eidessatz, den der Deferent darthun soll, läge immer noch nicht der geringste Beweis vor, und ohne diesen Beweis kann doch der Verklagte weder verurtheilt, noch der Gegner des Gewissensvertreters zu einem Erfüllungseide zugelassen werden.

Durch obige Beispiele, welchen noch andere beigefügt werden könnten, wird nun auch die Behauptung

Bayers in den Vortr. p. 984

widerlegt, daß der referirte Eid mit dem purgatorium des Deferenten ohnehin materiell übereinſtimme.

Geſetzten Falles aber, es käme ein ſolcher Fall vor, ließe ſich dann ein purgatorium des Deferenten denken, wenn der Delat weniger als halb für ſich bewieſen hätte? Ebenſowenig; denn dieſer Eid wäre immer kein Reinigungseid, ſondern ſeinem wahren Weſen und ſeiner Wirkung nach ein Erfüllungseid, der dem Kläger, weil gegen ihn bewieſen iſt, nicht zuerkannt werden durfte.

Das wird folgendes Beiſpiel erläutern:

> A klagt gegen B aus einem von einer Suspenſivbedingung abhängig gemachten Rechtsgeſchäfte, behauptet den Eintritt der Bedingung, welche darin beſteht, daß B die ihm zugefallene Erbſchaft ſeines Vaters antrete, und es iſt unter den Parteien nichts weiter ſtreitig, als der Eintritt der Bedingung, d. h. der Antritt der väterlichen Erbſchaft von Seiten des B. Der A deferirt ihm hierüber den Eid und B beweiſet durch einen verdächtigen Zeugen, daß er die Erbſchaft nicht angetreten habe.

Wollte man nun dem A einen Reinigungseid auflegen, ſo müßte dieſer ſo lauten:

> Er wiſſe und glaube nicht, daß der B die väterliche Erbſchaft nicht angetreten habe.

Das iſt aber identiſch mit dem Eide:

> Er wiſſe und glaube nicht anders, als daß er ſie angetreten habe.

Allein ein ſolches purgatorium, welches nichts weiter iſt, als ein verſchleierter Erfüllungseid darf der Richter nicht erkennen, wenn nicht die anerkannteſten Grundſätze, die über den Eid gelten, auf den Kopf geſtellt werden ſollen.

Zuerſt der Grundſatz: daß nur der zum Erfüllungseide gelaſſen werden darf, der mindeſtens halben Eid für ſich hat; denn dieſer würde geradezu über den Haufen geworfen und zwar lediglich durch eine Täuſchung, der man ſich blindlings in die Arme wirft und durch das ſchlaue Hülfsmittelchen eines Pſeudo-Reinigungseides, der aber in der That ein Erfüllungseid iſt.

Ferner der Grundſatz: daß Niemand ſich ſelbſt etwas zuſchwören kann. Dieſen erkennen die Prozeſſualiſten alle an, überſetzen

ihn aber bei der Gewissensvertretung so, daß der Deferent sogar dann, wenn unvollständig gegen ihn bewiesen ist, allerdings das Recht habe, trotz dieses Gegenbeweises sich das libellirte Recht zuzuschwören.

Das Resultat dieser Betrachtungen ist folgendes:

Ein purgatorium des Deferenten bei dem Gewissensvertretungsbeweise läßt sich nur dann denken, wenn jener in seiner Wirkung einem Hauptbeweise gleichgestellt ist, so daß, wenn der Gewissensvertreter nichts beweiset, der Eidessatz des Deferenten für wahr gilt; nicht aber dann, wenn über das Wahr oder Nichtwahr der Behauptung des Deferenten noch eine Beweisführung durch Eidesantrag zulässig ist, m. and. Worten, wenn der Delat den deferirten Eid noch schwören darf.

Die Zulässigkeit des Reinigungseides von Seiten des Deferenten in dem Falle, wenn der Gewissensvertreter weniger als halb für sich bewiesen, ist nun auch ganz consequent nur in denjenigen Staaten gesetzlich gestattet, in denen ein Rückgriff zum deferirten Eide nicht stattfindet, und zwar außer den Ländern, wo die erläuterte churfächsische Prozeßordnung und die andern Prozeßordnungen, die ihre Bestimmungen adoptirt haben, gelten, sondern auch in den kaiserl. Oesterreichischen, königl. Preußischen, königl. Bayerischen, hannoverschen und Bremer Prozeßgesetzgebungen;

vgl. Linde in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß, Bd. III, p. 2 ff.

Bolgiano in diesem Archive, Bd. 33, p. 45;

ja, einige dieser Gesetzgebungen schließen die Notheide ganz aus.

Zu 2.

Nun ist aber noch ein Fall in's Auge zu fassen, nämlich der, wenn der Gewissensvertreter mehr oder weniger als halb, aber nicht vollständig gegen sich bewiesen hat.

Hierüber enthält keine der sächsischen Prozeßordnungen eine bestimmte Vorschrift.

Schmid im Handbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses II, § 167 am Ende

spricht sich dahin aus, daß der Delat in dem gegebenen Falle den

ihm zugeschobenen Eid noch annehmen oder zurückschieben könne; allein die von ihm für seine Ansicht angeführten Rechtslehrer: Gönner, Danz, Claproth, Glück und Martin sprechen nicht von dem gegebenen Falle.

Gleichwohl ist Schmid, jedoch mit der Restriktion, daß die Relation unzulässig ist, beizupflichten, da nach dem deutschen gemeinen Prozesse der Rückgriff zur Eidesleistung dann zulässig sein muß, wenn der Gewissensvertreter nicht voll gegen sich bewiesen hat, weil sonst der Richter blos das non liquet aussprechen könnte.

Selbst wenn ein direkter Gegenbeweis zulässig und angetreten wäre, würde sich die Gestalt der Sache nicht ändern.

Zwar werden die Beweismittel durch die Produktion gemeinschaftlich, aber bei dem direkten Gegenbeweise ist ein suppletorium undenkbar, denn es tritt der Grundsatz ein:

actore non probante reus absolvitur.

Bei den Gesetzgebungen aber, die einen Rückgriff zum Eide nicht gestatten, erledigt sich unsere Frage von selbst.

Wohl mag es bedenklich sein, einen Delaten, der vielleicht mehr als halb gegen sich bewiesen hat, zur Ableistung des Schiedseides zu lassen, wohl mag der Ableistung desselben unter diesen Umständen eine Meineidsanklage auf dem Fuße folgen; der Civilrichter kann und darf den für den Deferenten sprechenden Gewissensvertretungsbeweis diesem gleichwohl nicht auf sein Conto schreiben und ihm einen Erfüllungseid nicht zusprechen, da der Deferent einen Gegenbeweis nicht führen durfte und folglich eine Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel mit ihren Wirkungen ausgeschlossen ist.

Anders verhält sich das allerdings, wenn der Kläger den Eid blos eventuell deferirt und der Beklagte Gewissensvertretung gewählt, oder was bei eventuell deferirten Eide dasselbe ist, einen Gegenbeweis angetreten hat; denn in diesem Falle wird vermöge der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel der gegen den Beklagten ausgefallene Gegenbeweis desselben dem Kläger zu Gute gerechnet und es kann diesem ein suppletorium zuerkannt werden, niemals aber wie ich

in diesem Archive Bd. 41, pag. 273

gezeigt habe, ein purgatorium. Bei einem Erfüllungseide des Ge-

wissensvertreters fällt auch das von Wetzell a. a. O. geäußerte erste Bedenken weg, weil es nur auf den Reinigungseid des Deferenten paßt; was aber das zweite anlangt, daß auch die Ergänzung eines unvollständig erbrachten (direkten) Gegenbeweises nicht zulässig sei, so wird dasselbe bei der Gewissensvertretung durch einen um mehrere Jahrhunderte hindurch sich gleich gebliebenen Gerichtsbrauch, der instar legis ist, beseitigt, und nur das muß man zugeben, daß ein purgatorium des Klägers bei unvollständig erbrachtem direkten Gegenbeweise des Beklagten juristisch undenkbar ist.

---

## II.

## Ueber das Verhör der Zeugen, namentlich der auswärtigen.

Von

Herrn Dr. Carl Alexander von Duhn,
Richter in Lübeck.

Die bei lebhaftem Verkehr häufig eintretende Nothwendigkeit, Zeugen durch einen requirirten Richter abhören zu lassen, führt auf die Frage: nach welchen Gesetzen dabei zu verfahren sei, wenn am Wohnorte des Zeugen andere Formen des Zeugenverhörs gelten, als bei dem Gerichte, wo der Prozeß geführt wird? In den bedeutendsten Ausführungen über die Kollision der Gesetze wird der Prozeß entweder, wie bei von Savigny und Wächter, gar nicht oder nur obenhin berührt. Story äußert über jene Frage gar keine eigene Meinung, sondern referirt blos einen Ausspruch von Voet, wonach das Gesetz des Orts, wo der Zeuge verhört wird, entscheiden soll[1]). Schäffner meint, es komme

1) Vgl. Story, Commentaries on the conflict of laws. Edinburgh 1835. p. 525. Die von ihm hier angeführten Worte Paul Voet's aus dessen Werk de Statutis Amst. 1661, Sect. 10, cap. unic §§. 9 und 10 lauten so: Si de probationibus et quidem testibus, sic eas adhibebit, sic examinabit hosce, prout exigit forum judicis, ubi producuntur. Si de instrumentis, sic exhibenda, sic edenda, ut fert loci statutum, ubi exhi-